



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
 SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10865.722857/2011-29
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.223 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2013
Matéria IRRF
Recorrente SOMAR - COOPERATIVA DE ENERGIA ELÉTRICA E DESENVOLVIMENTO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS E DOCUMENTOS.

A falta de apreciação de argumento e documentos juntados à impugnação, caracteriza cerceamento do direito de defesa e dá causa a nulidade da decisão de primeira instância, devendo os autos retornarem à instância *a quo* para que seja proferida nova decisão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade votos, acolher a preliminar de nulidade da decisão recorrida argüida pela recorrente, determinando o retorno dos autos à autoridade julgadora de primeira instância para que seja proferida nova decisão na boa e devida forma, manifestando-se, expressamente, quanto aos argumentos apresentados pela contribuinte no item 4 (“Critério Equivocado na Determinação do Fato Gerador – Data dos Registros Contábeis não é Fato Gerador do IRRF – ausência de comprovação dos pagamentos” - fls. 1262 a 1265) da impugnação apresentada.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann – Presidente

(Assinado digitalmente)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga - Relatora

Composição do colegiado: Participaram do presente julgamento os
Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Rafael Pandolfo, Antonio

Lopo Martinez, Odmir Fernandes, Pedro Anan Júnior e Nelson Mallmann. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Helenilson Cunha Pontes.

Relatório

Contra a contribuinte acima qualificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 3 a 5, integrado pelos demonstrativos de fls. 6 e 7, pelo qual se exige a importância de R\$1.384.701,27, a título de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, acrescida de multa de ofício de 150% e juros de mora, relativo ao ano-calendário 2008.

DA AÇÃO FISCAL

O procedimento fiscal encontra-se resumido no Termo de Verificação de Infração Fiscal nº 0665/11/03 de fls. 10 a 27, no qual o autuante esclareceu que a presente ação fiscal é reflexo de trabalho investigatório realizado na Joule Serviços Elétricos Ltda.

A analisando todas as informações e documentos coletados no procedimento fiscal instaurado na empresa Joule, a fiscalização constatou (fls. 21 a 23):

- **QUE**, no período compreendido entre 2006 e 2008, a fiscalizada **Joule** recebeu recursos no montante aproximado de **9,5 milhões de reais** das cooperativas **SOMAR** e **CEMIRIM**, por intermédio de transferências bancárias (**TED** e **DOC**) efetuadas nas contas-correntes de nº **02-011218-4**, da Agência 0046 do Banco **Mercantil do Brasil S/A**, e de nº **217596-6**, da Agência 0024 do **UNIBANCO**;
- **QUE a JOULE**, quando intimada a comprovar a origem desses créditos efetuados em suas contas bancárias, ficou apenas no campo das alegações. Em resposta ao Temo de Intimação nº 122/10/04, disse que *"...os demais valores em sua maioria foram objetos de antecipações efetuadas pela CEMIRIM – Cooperativa de Eletricidade e Desenvolvimento da Região de Mogi Mirim e SOMAR Cooperativa de Energia Elétrica e Desenvolvimento em cumprimento ao estabelecido no contrato de prestação de serviços entre as partes envolvidas;"*
- **QUE** esses créditos, denominados pelo Sr. Fernando como **"Antecipações"**, **NÃO estão escriturados nos Livros Caixa da JOULE**, os quais foram apresentados por ele à fiscalização;
- **QUE a JOULE SILENCIOU**, quando **intimada a apresentar cópia autenticada ou original de todos os potenciais e ou projetos, com seus cronogramas estabelecidos entre as partes**, apresentados por ela e aceitos pelas empresas **CEMIRIM - Cooperativa de Eletricidade e Desenvolvimento da Região de Mogi Mirim** e **SOMAR Cooperativa de Energia Elétrica e Desenvolvimento**; que originaram os recebimentos de numerários **no período de jan/2006 a dez/2008**;
- **Também SILENCIOU**, quando intimada a apresentar o Demonstrativo de composição dos custos diretos e indiretos necessários, constantes do item 3.4 dos referidos INSTRUMENTOS;
- **A Joule, da mesma forma, NÃO SE MANIFESTOU** não apenas quando intimada a firmar declaração em papel timbrado da empresa, informando se **optou por receber algum de seus créditos através de participação como quotista**

no empreendimento, conforme determina o item 3.2 do contrato, mas também quando inquirida a apresentar demonstrativo de composição dos adiantamentos recebidos das contratantes, SOMAR e CEMIRIM, individualizando recebimentos e projetos e ou potenciais (vide item 4.2 do mesmo "instrumento");

- **QUE a JOULE** não possui funcionários registrados nem sede administrativa;
- **QUE os sócios da JOULE**, senhores Fernando Gabrelon e Kaê Fernando, **NÃO possuem qualificação técnica** para realizar serviços na área elétrica;
- **QUE os sócios da JOULE**, senhores Fernando Gabrelon e Kaê Fernando, apresentaram, nos **ano-calendário de 2006 a 2009**, Declarações de Ajustes do Imposto de Renda da Pessoa Física à Receita Federal do Brasil com os seguintes rendimentos:
 - **Sr. Kaê Fernando Soliguetti Gabrelon** recebeu rendimentos de pessoas físicas, não superiores a R\$ 10.000,00 por ano;
 - **Sr. Fernando Gabrelon** recebeu rendimentos do **trabalho assalariado** da empresa **MC Rodrigues Alarmes ME - CNPJ nº 07.309.709/0001-12**, conforme abaixo:
 - x **Ano de 2006 = R\$ 13.200,00;**
 - x **Ano de 2007 = R\$ 12.000,00;**
 - x **Ano de 2008 = R\$ 13.860,00;**
 - x **Ano de 2009 = R\$ 14.896,40;**
 - x Além desses valores, declarou ter recebido rendimentos oriundos de pessoas físicas, nos anos de 2007 e 2008, em valores **não superiores a R\$ 10.000,00 ao ano;**
- **QUE os sócios da JOULE** residem em bairro de classe média e levam uma vida humilde, simples e despojada de quaisquer extravagâncias, uma vida própria de pessoas pertencentes à classe média. Conclui-se que o padrão de vida levado pelos sócios - Sr. Fernando Gabrelon e Kaê Fernando, é incompatível com o de dois prósperos empresários, proprietários de uma empresa com faturamento milionário, conforme citado acima;
- **QUE os sócios proprietários**, quando convidados a prestarem esclarecimentos sobre a **JOULE**, nem sequer compareceram na sede da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira;
- **QUE a fiscalizada**, quando intimada, **não apresentou** os originais nem cópias autenticadas das notas fiscais de consumo de **energia elétrica e de telefonia;**
- **QUE esta fiscalização**, com o intuito de localizar bens imóveis e ou móveis em nome da **JOULE**, oficiou Cartórios, Registros de Imóveis e Renavam. O único registro localizado em nome da empresa JOULE Serviços Elétricos Ltda. foi seu Contrato Social, arquivado na JUCESP sob nº 35220592224, em 24 de abril de 2006, com capital social no valor de **R\$ 30.000,00** (Trinta mil reais);
- **QUE os Contratos** apresentados pelas Diligenciadas - **SOMAR e CEMIRIM - e denominados "Instrumento Particular de Contrato de Prestação de**

Serviços", firmados entre as Cooperativas e a empresa fiscalizada JOULE, suposta prestadora de serviços elétricos, além de estarem desacompanhados dos elementos que comprovariam a veracidade de seus conteúdos, não foram levados a registro público, motivo pelo qual **não operam efeitos perante terceiros**, consoante artigo 221 da Lei nº 10.406 de 10/01/2002 (Novo Código Civil);

- **QUE dos 15 (quinze) contribuintes diligenciados que receberam recursos da fiscalizada, treze responderam que nunca efetuaram negócios com a JOULE e que a desconhecem, esclarecendo que os valores recebidos foram por conta e ordem de terceiros (Srs. José Carlos Fernandes e Flávio Júnio Bacarolli), ambos integrantes do Conselho de Administração da SOMAR e da CEMIRIM;**
- **QUE um contribuinte atualmente é uma massa falida;**
- **QUE o único diligenciado que alegou ter prestado serviços elétricos à JOULE foi o Sr. Wanderlei Crepaldi, CPF n.º 104.695.708-22, o qual mantém uma relação de parentesco com o Sr. Flávio Júnio Bacarolli, seu cunhado. Suas afirmações ficaram somente no campo das alegações, não tendo apresentado quaisquer documentos que comprovassem a prestação de serviços, entre julho e agosto de 2008, no montante de R\$ 567.000,00.**

Diante dos fatos acima relatados a fiscalização concluiu que a Joule teria servido de ponte, uma espécie de empresa-veículo pela qual transitaram recursos procedentes das cooperativas SOMAR e CEMIRIM sem nenhum propósito comercial, e que os sujeitos passivos de fato das irregularidades apuradas eram as Cooperativas SOMAR e CEMIRIM, conforme consignado à fl. 23.

No curso do procedimento fiscal instaurado contra a contribuinte, a fiscalização apurou que (fls. 23 a 26):

- no ano-calendário de 2008, a fiscalizada efetuou transferências de recursos em dinheiro para a empresa Joule no montante aproximado de 2,6 milhões de reais, por intermédio de transferências bancárias (TED) para a conta-corrente de nº 217596-6, da Agência 0024 do UNIBANCO;
- todos os pagamentos efetuados à Joule no ano-calendário 2008 permaneceram em aberto tanto na conta de "Adiantamentos a Fornecedores", conta 1.2.1.03.0001-0000000671, no Balanço Patrimonial levantado em 31/12/2010 e apresentado a esta fiscalização em 11/08/2011;
- intimada a apresentar os documentos que embasaram a contabilização destes adiantamentos, a contribuinte apresentou autorizações de transferências de numerários endereçadas ao Banco do Brasil sem protocolo de recebimento pela instituição financeira destinatária e sem nenhum alicerce em documentação fiscal;
- dos valores escriturados no livro Razão da SOMAR, conta 1.2.1.03.0001-0000000671, no montante de R\$2.571.588,10, somente foram localizados R\$2.550.000,00 nos extratos bancários da Joule, presumindo a

fiscalização que a diferença teria sido destinado à referida empresa por outros meios;

- dessa forma, uma vez que foram concedidas reiteradas oportunidades à empresa para demonstrar que houvera a contraprestação dos serviços e que a fiscalizada em nenhum momento trouxe provas que dessem suporte aos pagamentos efetuados à empresa Joule, tais valores foram tributados como pagamento sem causa nos termos do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, efetuando-se o reajustamento da base de cálculo, conforme previsto no referido dispositivo legal.

O lançamento foi efetuado aplicando-se a multa qualificada de 150% (fl. 25).

Por fim, a fiscalização esclarece que deixou de formalizar Processo de Representação Fiscal para Fins Penais, uma vez que a presente Ação Fiscal foi motivada por informações oriundas do próprio Ministério Público Federal em São João da Boa Vista, Ofício/PRM/SJBV nº 26/2010 (vide fl. 26).

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 1255 a 1284, instruída com os documentos de fls. 1285 a 1323, cujo resumo se extrai da decisão recorrida (fls. 1330 a 1334):

Ciente do lançamento em 27/12/2011 (AR fl. 44) a autuada ingressou em 25/01/2012 com a impugnação de fls. 1255/1284, mediante a qual refuta o lançamento, em suma, sob as seguintes alegações:

Ausência dos pressupostos do fato gerador

A autuação ora questionada tem como fundamento o art. 674 do RIR de 1999, sob acusação de pagamento “SEM CAUSA” ou “OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA” recursos financeiros destinados à pessoa jurídica Joule Serviços Elétricos Ltda. Porém, nenhuma dúvida foi colocada pelo Fisco, acerca do destinatário dos recursos, ao contrário, após longa diligência e durante o procedimento de fiscalização restou comprovado que o destinatário dos recursos é a Joule. Portanto, é absolutamente equivocada a autuação centrada no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995.

A regra de incidência prevista no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995 tem como pressuposto a cobrança via fonte pagadora, de Imposto de Renda que seria devido por pessoa física, cuja exigência restaria frustrada, pela constatação de duas condutas omissivas do pagador (cuja prova é ônus do Fisco), que estão previstas na referida Lei: 1) a não identificação do beneficiário do pagamento; 2) a não comprovação da natureza da causa do pagamento.

A menção “entrega de recursos financeiros a terceiros ou sócios, acionistas ou titular” só pode ter como pressuposto, a entrega para pessoa física, hipótese também confirmada na referência final aos “salários indiretos” ou *fringe benefits* de que trata o § 2º do art. 74 da Lei nº 8.383.

O § 3º do art. 61 acima mencionado, completa a prova no sentido de que o dispositivo presume ocorrência de pagamentos para **pessoa física**, e não para pessoa jurídica, ao fazer referência a “rendimento de que trata este artigo” e reajustamento

do respectivo “rendimento bruto”, onde a expressão “rendimento” tem conteúdo semântico preciso, pois na legislação tributária sempre esteve para nominar a renda da pessoa física, enquanto a legislação, com relação aos ingressos na pessoa jurídica, refere-se a “receita”.

No caso concreto, além de estarem identificados os beneficiários, e a causa de cada remessa, os fatos considerados geradores do tributo correspondem a transferências bancárias efetuadas pela cooperativa para pessoa jurídica, nenhuma foi efetuada para pessoa física.

Além da ausência dos pressupostos do fato gerador, mesmo que fosse possível exigir IR-Fonte sobre os alegados pagamentos a pessoa jurídica, o auto de infração contem erro insanável que macula a exigência fiscal. Eis que, da leitura do dispositivo legal em que foi baseado o lançamento, verifica-se que há limites e condições para sua aplicação, sendo a primeira delas a identificação do fato econômico, certo e determinado, que tipifica a existência de pagamento efetivamente realizado a terceiro, cuja causa ou beneficiário não se encontram adequadamente identificados. Nesse caso, a prova do pagamento cabe ao Fisco, que não observou com a devida acuidade essa regra e lavrou o AI sem esgotar as verificações elementares, sem, ao menos, comprovar os pagamentos que alegou não ter causa.

A empresa foi constituída para comercializar a energia elétrica gerada pelas denominadas PCH – Pequena Central Hidrelétrica e CGH – Centrais Geradoras Hidrelétricas. Para a perfeita consecução dos seus objetivos sociais descritos em seu estatuto, necessita contratar terceiros para a prospecção e identificação de potenciais hidrelétricos e bacias hidrográficas. Assim como pra a elaboração de projetos de viabilidade econômico-financeira, elétrico, mecânico e ambiental. Foi nesse contexto que a Joule foi contratada.

O item 4.2 do contrato de prestação de serviço firmado com a Joule prevê que a contratada poderá receber adiantamentos que serão, ao final, deduzidos do valor de seu crédito. A Joule recebeu muitos adiantamentos no período autuado, em função dos custos e despesas necessárias à prospecção e identificação das bacias hidrográficas e intermediação e indicação de terceiros para aquisição das terras a serem desapropriadas e alagadas para a instalação das futuras PCH(s) e CGH(s).

Todavia o auditor adotou o raciocínio equivocado de que o instrumento particular da prestação do serviço não tem validade perante terceiros e portanto não produz efeito para o Fisco, aduzindo que tal instrumento está desacompanhado dos elementos que comprovariam sua veracidade. Quais seriam esses elementos? No contrato, estão identificadas as partes envolvidas, o objeto, o preço e condições e assinado pelas partes. Portanto, quais outros elementos, além dos citados, comprovaria a sua veracidade? Não há motivos para desqualificar o contrato ajustado entre a impugnant e a Joule.

Comprovada a causa do envio de recursos à Joule, deve ser cancelada a exigência fiscal.

A efetividade das operações foram atestadas pelo próprio Fisco, em diligências.

Registre-se que as pesquisas foram devidamente acompanhadas e autorizadas pelos órgãos competentes, como a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, em que a Cooperativa figura como parte interessada, conforme comprovam os documentos anexos. No caso, tendo em vista que a ANEEL não permite que a

mesma empresa participe de projetos de geração e de comercialização de energia, os projetos aparecem em nome da Somar e a comercialização é feita pela Cemirim.

As diligências efetuadas no curso do procedimento fiscal só confirmam a participação da Joule na identificação e aquisição das glebas das terras com potencial para instalação de PCH(s) e CGH(s) e que os serviços, efetivamente, foram realizados pela Joule e consistiam na prospecção e identificação de áreas com potencial hídrico, por esse motivo, muitos dos recursos utilizados nas aquisições das terras que serão alagadas e utilizadas para a instalação de pequenas usinas hidroelétricas foram pagos pela Joule, justamente com os “adiantamentos” feitos pela cooperativa, para esse fim, e para a cobertura de custos e despesas necessários à implementação dos projetos.

Os adiantamentos estavam previstos no referido contrato particular e o fechamento das contas dar-se-ia quando da entrega das obras, já que a Joule emitiria a Nota Fiscal mediante elaboração de relatório informando a aplicação dos numerários que dão embasamento à conta de “adiantamentos” da Cooperativa.

É preciso ressaltar que a identificação da área de potencial hídrico era atividade da Joule e, esta indicava para a cooperativa atuada os vendedores das terras, ou o corretor responsável, como é o caso do Sr. José das Graças Moura (diligência - fl. 750). Esta por sua vez, adquiria a área de terras mediante uma terceira empresa, a Solutio, embora pagos com os recursos transferidos diretamente pela Joule, razão pela qual alguns diligenciados disseram que desconheciam a empresa Joule.

O próprio Fisco atesta que os recursos financeiros remetidos pela Joule serviram para aquisição de áreas de terra em nome de terceiros e identifica não só o beneficiário (vendedor das terras) como a causa do negócio jurídico.

O Fisco partiu da premissa equivocada de que restou comprovado que a Joule serviu de ponte, uma espécie de empresa-veículo, pela qual transitaram recursos procedentes das cooperativas Cemirim e Somar sem nenhuma causa negocial, atribuindo à cooperativa atuada a indevida exigência de IRRF a despeito da comprovação da causa dos pagamentos/adiantamentos feitos a Joule.

Os argumentos trazidos são suficientes para desqualificar a pretendida exigência tributária, pois restou comprovada a efetividade das operações realizadas na forma demonstrada, inclusive quando da fiscalização na Joule em que esta ratificou as informações prestadas pela impugnante, de que muitos dos valores repassados se referem a adiantamentos por conta de custos e despesas inerentes à prestação dos serviços contratados.

Além disso, o fato de os créditos relativos aos adiantamentos não estarem contabilizados na Joule, não é problema da cooperativa atuada, que cumpriu rigorosamente com todas as obrigações fiscais no registro de suas operações.

Descabida também foi a conclusão do Fisco de que os sócios da Joule não possuiriam capacidade técnica para realizar serviços na área elétrica, eis que os sócios não precisam ter qualificação técnica para realizar serviço de prospecção e identificação das áreas com potencial hídrico. Há total desacerto e excesso de subjetivismo nas conclusões que levaram à lavratura do auto de infração.

Portanto, a empresa Joule não pode ser desqualificada da forma engendrada pelo Fisco, que utilizou premissas falsas e conclusões eivadas de subjetivismo que não podem ser levadas em consideração em atividade estritamente vinculada à lei

como é o caso do lançamento, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN). Vale lembrar que a desconsideração da pessoa jurídica tem regramento específico no Código Civil, art. 50, sendo que uma das condições para procedimento com tantas implicações é a instauração de processo judicial, do que não se tem notícias.

Erro na identificação do sujeito passivo e impróprio reajustamento da base de cálculo

Registre-se a impropriedade na eleição do sujeito passivo para formalização do lançamento em questão, e por conseqüência, o inadequado reajustamento da base de cálculo do imposto. A cooperativa fez pagamentos/adiantamentos à Joule Serviços elétricos Ltda, repasses que tem causa comprovada no contrato de prestação de serviços firmado com a impugnante.

A acusação do fisco tem a ver com o destino dos recursos financeiros à Joule, tanto que, no item IV do resultado das diligências na fiscalização da Joule, o auditor fiscal registrou, que após análise dos extratos bancários enviados pelas instituições financeiras, verificou que os sócios da Joule, habitualmente realizavam “saques na boca do caixa” de vultosos valores. Note-se que o ponto central da acusação do Fisco resume-se na empresa beneficiária (Joule), nunca na cooperativa indevidamente autuada. Poderia estar ali a hipótese de ocorrência de pagamento a beneficiário não identificado, nunca na impugnante, evidenciando o erro na eleição do sujeito passivo na autuação ora impugnada.

Além de indevida a autuação na cooperativa é contraditória a acusação feita pelo Fisco, pois indica que há comprovação de que os recursos financeiros foram feitos pela Joule, não pela cooperativa, e serviram para aquisição de áreas de terra em nome de terceiros. A contradição é evidente pois é o próprio Fisco que identifica, não só o beneficiário, mas também a causa do negócio.

Multa de ofício. Caráter de penalidade. Inexistência de conduta dolosa.

Na remota hipótese de se manter o lançamento, é preciso registrar que há outro vício que macula a pretensão do Fisco – a impossibilidade de aplicação da nova multa de ofício, agravada em 150% , sobre regra que tem nítido caráter de penalidade.

A exigência prevista no art. 61 da Lei nº 8981, de 1995, matriz legal do art. 674 do RIR de 1999, calculada mediante aplicação da alíquota de 35% sobre pagamentos a beneficiários não identificados, ou sem causa, não têm cunho tributário, mas sim, caráter penal (multa de 35%), tanto que somente é exigível por meio de lançamento de ofício, não podendo ser cumprida de forma voluntária pelo contribuinte. Sobre a penalidade aplicada, travestida de tributo, não pode ser aplicada outra penalidade, como pretendeu o Fisco.

Novo abuso foi praticado pelo Fisco, que agravou a multa de ofício aplicada ao percentual de 150% diante da acusação de “prática dolosa com evidente intuito de fraude”, caracterizada na imaginada conduta de “suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório mediante as condutas descritas às fls. 42, no termo de verificação fiscal, em que foram citados os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964. No entanto, não basta a citação do texto legal! Essa exasperada penalidade pressupõe demonstração inequívoca de conduta dolosa do contribuinte, sendo ônus do Fisco demonstrar os procedimentos tidos como fraudulentos.

Não houve por parte da contribuinte qualquer conduta dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente o conhecimento por parte da autoridade fazendária a ocorrência do fato gerador do imposto ou condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária. Não havendo o elemento doloso necessário à caracterização da fraude prevista no referido art. 72, a multa aplicada com base no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996 deve ser prontamente afastada.

Taxa Selic. Incidência sobre multa de ofício

Não é possível incidir a taxa Selic sobre a multa de ofício, por impropriedade dessa imposição e pela ausência de fundamentação legal. A taxa Selic tem por objetivo remunerar, diante de atraso, receita esperada pela Fazenda Pública, daí sua vocação para incidir unicamente sobre o tributo (o principal), não sobre a multa que não é esperada.

Por essa mesma razão não pode incidir sobre a multa de ofício, o que não tem sido observado pela administração tributária.

DO JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Apreciando a impugnação apresentada, a 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto (SP) manteve integralmente o lançamento, proferindo o Acórdão nº 14-37.600 (fls. 1326 a 1338), de 18/05/2012, assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2008

PAGAMENTO SEM CAUSA. OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA.

Estão sujeitos à incidência do imposto de renda, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, os pagamentos efetuados ou recursos entregues a terceiros, contabilizados ou não, quando não for identificada a sua causa.

MULTA QUALIFICADA.

Caracterizado o evidente intuito de fraudar o Fisco, mediante simulação, aplica-se a multa qualificada, de 150%.

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Não compete à autoridade julgadora se manifestar sobre eventos futuros e incertos, não presentes no lançamento, como é o caso da incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

A pessoa jurídica que efetua pagamento sem causa, cuja tributação é exclusiva na fonte, é o sujeito passivo da obrigação tributária.

DO RECURSO

Cientificada do Acórdão de primeira instância, em 13/06/2012 (vide AR de fl. 1345), a contribuinte apresentou, em 12/07/2012, tempestivamente, o recurso de fls. 1346 a 1382, no qual, após breve relato dos fatos, reitera os termos de sua impugnação e aduz os argumentos a seguir sintetizados.

1. Preliminarmente, a contribuinte argúi a nulidade da decisão recorrida, por cerceamento ao direito de defesa, alegando que a autoridade julgadora teria deixado de apreciar os argumentos de fato e de direito expressos no item 4 da impugnação, intitulado “Critério Equivocado na Determinação do Fato Gerador – Data dos Registros Contábeis não é Fato Gerador do IRRF – ausência de comprovação dos pagamentos”. Nesse item a contribuinte defendeu que uma das condições para a aplicação do art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, é que o fisco comprove a efetividade do pagamento, o que não teria sido observado. Como exemplo citou o pagamento indicado pelo auditor fiscal no valor de R\$21.588,10, efetuado em 17/08/2008, o qual não constaria dos extratos bancários da Joule Serviços Elétricos Ltda. Reproduz precedente administrativo sobre o assunto.
2. Da mesma forma, a recorrente alega a autoridade julgadora de primeiro grau ignorou os argumentos trazidos no item 7 de sua impugnação, intitulado “Impossibilidade da Desconsideração da Pessoa Jurídica da Joule na Forma Engendrada pelo Fisco”.
3. Defende que a evidente omissão perpetrada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento caracteriza verdadeira ofensa aos princípios da legalidade e da eficiência, contemplados expressamente no art. 37 da Constituição Federal, e desrespeito ao disposto no art. 31, do Decreto nº 70.235, de 1972. Transcreve decisões do antigo Conselho de Contribuinte sobre a nulidade da decisão de primeira instância que deixou de examinar os argumentos do contribuinte.
4. Em seguida, repisa os argumentos expendidos nos demais tópicos de mérito exposto em sua impugnação, rebatendo ponto a ponto à decisão recorrida.
5. Por fim, se insurge conta a incidência da taxa Selic sobre a multa de ofício, discordando do entendimento adotado pela decisão recorrida que não se manifestou sobre o assunto, alegando tratar-se de evento futuro e incerto. Para reforçar sua defesa, transcreve julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais nos quais foi afastada a aplicação da taxa Selic sobre a multa de ofício.

DA DISTRIBUIÇÃO

Processo distribuído para esta Conselheira na sessão pública da Segunda Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de 16/08/2012, veio digitalizado até à fl. 1385¹.

Voto

Conselheira Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Relatora.

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

A análise do mérito encontra-se prejudicada por uma questão preliminar suscitada pela recorrente, no que diz respeito a falta de apreciação de suas razões de defesa.

No que tange aos argumentos trazidos no item 7 (“Impossibilidade da Desconsideração da Pessoa Jurídica da Joule na Forma Engendrada pelo Fisco”) da impugnação, não se verifica a alegada omissão, sendo oportuno transcrever os trechos da decisão de primeira instância em que se aborda a matéria (fls. 1334 a 1336):

Quanto a alegação de que não existem pressupostos para a ocorrência do fato gerador, cabe observar os documentos acostados ao processo pelo Fisco e os fatos constatados, relatados detalhadamente nos TVI (s) n.ºs. 0665/11/03 e 0122/10/20 (fls. 10/27 e 29/43), os quais demonstram que a empresa Joule Serviços Elétricos Ltda. não efetuou transação comercial e/ou prestou serviços para a autuada.

Eis que, diante dos fatos apurados pelo Fisco, intimada a apresentar as provas da efetividade dos serviços que teriam sido prestados pela Joule em cumprimento do referido contrato, a Somar não apresentou documentação hábil para essa finalidade. Apenas o contrato, nas condições já expostas, e diversas alegações, sem apresentar qualquer documento que comprovasse a efetividade da prestação dos serviços constantes do contrato.

Ora, não comprovada a efetividade das alegadas operações, que justificariam a obrigatoriedade de efetuar tais pagamentos à Joule, esses devem ser considerados sem causa, portanto, ocorrido o fato gerador do IRRF, incidente exclusivamente na fonte, conforme previsto na Lei nº 8.981, de 1995, art. 61, base legal do art. 674 do RIR de 1999, que rezam:

[...]

Portanto, considera-se ocorrido o fato gerador do IRRF, a cada pagamento efetuado pela Somar à Joule, cuja causa não logrou comprovar, mesmo após as intimações recebidas pela autuada solicitando a devida comprovação da obrigatoriedade do pagamento, da efetividade da operação que teria dado causa às transferências em conta corrente do Unibanco, Ag. 0024 – conta/corrente nº 217596-6, inclusive relativos a custos e despesas que teriam dado causa aos alegados adiantamentos. Tampouco foi comprovada a causa na fase impugnatória. Os documentos juntados pela autuada às fls. 1287/1325, quando da apresentação de sua impugnação, não se prestam a comprovar a efetividade dos alegados serviços. Tais documentos comprovam a atividade da autuada, mas não comprovam que a Joule tenha lhe prestado serviços.

Assim sendo, constatada a entrega de recursos à Joule, pela Somar, sem a comprovação da obrigatoriedade, da causa dos referidos pagamentos (efetuados via

Ted), não há como considerar inexistente o fato gerador do IRRF previsto no art. 674 do RIR de 1999.

Não obstante o relator tenha sido sucinto em seus argumentos, os fatos que embasaram sua decisão consta dos relatórios fiscais, em sua maioria resumidos no relatório do acórdão guerreado.

Por outro lado, no item 4 ("Critério Equivocado na Determinação do Fato Gerador – Data dos Registros Contábeis não é Fato Gerador do IRRF – ausência de comprovação dos pagamentos") da impugnação apresentada (fls. 1262 a 1265), a contribuinte transcreve o art. 61 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, base legal do lançamento, e em seguida argumenta que:

Da leitura do dispositivo que fundamenta toda a autuação, verifica-se que há limites e condições para sua aplicação, sendo a primeira delas a identificação do fato econômico, certo e determinado, que tipifica a existência de pagamento efetivamente realizado a terceiro, cujo beneficiário ou causa não se encontram adequadamente identificados. E, nesse caso, a prova da efetividade do pagamento cabe ao Fisco, como muito bem assevera o ilustre José Antonio Minatel, em estudo direcionado ao tema aqui tratado:

[...]

In casu, o d. Auditor-Fiscal não observou com a devida acuidade essa regra e lavrou o Auto de Infração sem esgotar as verificações elementares, sem ao menos comprovar os pagamentos que alega "SEM CAUSA", o que torna o lançamento totalmente imprestável para exigir o IR-Fonte da Impugnante.

Tomemos como exemplo o valor listado no "Demonstrativo do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Pagamentos SEM CAUSA ou Não Comprovação da Operação" (fls. 28), elaborado pelo Auditor-Fiscal, que acompanha o auto de infração questionado:

<i>Data do Suposto Pagamento (Fato Gerador AI)</i>	<i>Valor do pagamento (R\$)</i>
<i>17/08/2008</i>	<i>21.588,10</i>

Cotejando os valores e datas acima indicados com aqueles constantes nos extratos bancários da Joule Serviços Elétricos Ltda., acostados aos autos às fls. 894 (Banco Mercantil) e fls. 954 (Unibanco), verifica-se que em nenhuma das contas bancárias mencionadas consta o referido "pagamento" supostamente feitos pela Impugnante à empresa Joule.

Aliás, é sintomático constatar que à frente do valor indicado na tabela acima, na coluna "Dados Extratos Joule" do Demonstrativo de fls. 28, nenhuma informação foi colocada pelo Auditor-Fiscal, deixando em branco, justamente, o campo onde deveria constar a conta-bancária na qual o recurso teria ingressado na empresa beneficiária dos supostos "PAGAMENTOS SEM CAUSA".

Pelo indicativo contido no Demonstrativo de fls. 28 que tem coluna específica denominada "Histórico do Lançamento Contábil", a data do suposto pagamento foi extraída unicamente dos registros contábeis da Cooperativa autuada.

Além disso, no Termo de Informação Fiscal nº 0723/10/13 (fls. 92) consta a justificativa para a adoção da data de 17/08/25008 como fato gerador da exigência atribuída à Impugnante:

*A Cooperativa Somar apresentou também 01 (um) recibo no valor de **R\$ 21.588,10** datado de 17 de agosto de 2008, que diz no seu histórico que o referido pagamento foi a título de "**Prestação de Serviço**", enquanto a sua contabilização está classificada na conta adiantamentos, com o seguinte histórico: "**Adiantamento a fornecedor realizado nesta data via fundo fixo**". Ressalta-se que a assinatura constante no respectivo "**recibo**" não é de nenhum dos dois sócios da Joule.*

*Todavia, é certo que a data do registro contábil não pode ser tomada como fato gerador da obrigação tributária atribuída à Impugnante, vez que o art. 61, da Lei 8.981/95, pressupõe como condição para sua aplicação **a comprovação da efetividade do pagamento**, que é ônus do Fisco, e que no caso não restou comprovado. Vale dizer, a data do registro contábil não pode ser tomada como fato gerador do IR-Fonte de que trata o art. 61, da Lei nº 8.981/95, que só pode ser tomado como a data do pagamento efetivamente comprovado.*

Também a data firmada no mencionado "recibo" (fls.171) não pode ser tomada como fato gerador da obrigação tributária, ainda mais quando o próprio Fisco questiona a validade do documento, já que afirma categoricamente que a assinatura lá registrada não é de nenhum dos sócios da Joule.

Sendo assim, diante da impossibilidade de presunção da ocorrência do "pagamento", o auto de infração ora refutado merece ser prontamente cancelado posto que adotou como fato gerador da obrigação tributária a data dos registros contábeis realizados pela Empresa autuada que, de forma alguma, podem ser tomados como data da efetividade dos pagamentos para fins de adoção do fato gerador do IR-Fonte de que trata o art. 61, da Lei 8.981/95.

Numa leitura atenta do acórdão guerreado, observa-se que o questionamento feito pela contribuinte não foi mencionado no relatório e, muito menos, no voto condutor.

Ora, o lançamento em discussão foi efetuado com fulcro no art. 674, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – RIR/99, cuja matriz legal é o art. 61 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995:

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

O dispositivo acima transcrito prevê a incidência do Imposto de Renda **exclusivamente na fonte** em três hipóteses distintas: (a) pagamentos efetuados a beneficiários não identificados, quando a pessoa jurídica, regularmente intimada, não identifica a quem os recursos foram pagos; (b) pagamentos sem causa, quando a pessoa jurídica não comprova a efetividade da operação relacionada ao pagamento; (c) concessão de benefícios indiretos, na situação prevista no art. 74, §2º, da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

Trata-se de uma presunção legal do tipo *juris tantum* (relativa), e, portanto, cabe ao fisco comprovar apenas o fato definido na lei como necessário e suficiente ao estabelecimento da presunção. Assim, cumprido o ônus atribuído à Fazenda Pública, que é o identificar os pagamentos efetuados pela contribuinte, cabendo a ela (contribuinte) o encargo de comprovar a operação que deu causa a esses pagamentos.

Nas duas primeiras situações, deve o fisco comprovar a ocorrência do pagamento, uma vez que o fato gerador decorre justamente pela percepção desses valores pelos beneficiários, o que pode ser feito por meio dos registros na contabilidade da própria empresa. Na hipótese “c”, compete ao fisco provar os benefícios indiretos recebidos.

Embora seja permitido ao julgador apreciar de forma global um conjunto de alegações, o argumento não rebatido é relevante e não pode deixar de ser enfrentado, eis que questiona a efetividade do pagamento, condição essencial para que a presunção prevista no art. 61 da Lei nº 8.981, de 1995, se conforme.

Conclui-se, assim, que o acórdão de primeiro grau é nulo, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 59, inciso II, do Decreto nº 70.235, de 26 de março de 1972, uma vez que deixou de apreciar na totalidade os argumentos da contribuinte, conforme disposto no art. 31 do mesmo decreto.

Diante do exposto, voto por ACOLHER a preliminar de nulidade da decisão de recorrida argüida pela recorrente, determinando o retorno dos autos à autoridade julgadora de primeira instância para que seja proferida nova decisão na devida forma, se manifestando expressamente quanto aos argumentos apresentados pela contribuinte no item 4 (“Critério Equivocado na Determinação do Fato Gerador – Data dos Registros Contábeis não é Fato Gerador do IRRF – ausência de comprovação dos pagamentos” - fls. 1262 a 1265) da impugnação apresentada.

(Assinado digitalmente)

Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga

Processo nº 10865.722857/2011-29
Acórdão n.º **2202-002.223**

S2-C2T2
Fl. 1.400

CÓPIA